

«PUNIÇÃO NO LIMAR DA IDADE ADULTA»: O REGIME PENAL ESPECIAL PARA JOVENS ADULTOS E, EM ESPECIAL, A INTERACTIVIDADE ENTRE PENAS E MEDIDAS TUTELARES EDUCATIVAS¹

FILIPA DE FIGUEIROA

Partindo da concepção jurídica do conceito de jovem adulto, a autora efectua uma análise ao regime jurídico das medidas tutelares educativas e às penas estabelecidas e aplicáveis aos jovens adultos que cometem crimes, na perspectiva do modo de integração e articulação entre ambas. Constatando as especificidades dos dois regimes, assume a exigência de uma interactividade na sua aplicação numa visão integrada dos dois regimes, tanto no domínio do direito constituído, como no domínio do direito constituendo.

«Se eu hoje me esquecesse das tuas angústias, e tu das minhas, seríamos ambos traidores a uma solidariedade de berço, umbilical e cósmica; se amanhã não estivéssemos unidos nos factos fundamentais que a posteridade há-de considerar, estes anos decorridos ficariam sem qualquer significação, porque onde está ou tenha estado um homem é preciso que esteja ou tenha estado toda a humanidade.»

Miguel TORGA

In: Bichos: Contos, Lisboa: Publicações Dom Quixote, Biblioteca de Bolso, 22.^a ed., 2006 (1.^a ed. de 1940), pp. 9 e 10.

SUMÁRIO: Introdução. I — DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA. 1. O conceito jurídico-legal de *jovem adulto*. 2. Enquadramento das hipóteses de interactividade processual entre medidas tutelares educativas e penas. II — O PROBLEMA DA INTERACTIVIDADE ENTRE MEDIDAS TUTELARES EDUCATIVAS E PENAS. 1. Princípio da execução cumulativa de medidas tutelares e penas. 2. A condenação em prisão efectiva e as medidas tutelares. 3. A condenação em pena de multa, prestação de trabalho a favor da comunidade ou em pena de prisão suspensa na sua execução e a medida tutelar de internamento. 4. A condenação em pena de substituição detentiva em centro de detenção e as medidas tutelares. 5. A aplicação de medidas de correcção e as medidas tutelares. III — O PROBLEMA DA INTERACTIVIDADE ENTRE MEDIDAS TUTELARES EDUCATIVAS E A MEDIDA DE COACÇÃO DE PRISÃO PREVEN-

¹ Este artigo corresponde, sem alterações, ao Relatório de Mestrado apresentado no Seminário em Criminologia “Delinquência Juvenil” sob orientação do Senhor Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, do Curso de Especialização tendente a Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais (2007/2008), da Faculdade de Direito de Lisboa.

TIVA. 1. Princípio da execução cumulativa de medida tutelar não institucional e da prisão preventiva. 2. Especificidades do regime de interactividade entre medida tutelar de internamento e prisão preventiva. IV — O REGIME PENAL ESPECIAL PARA JOVENS ADULTOS. 1. O D.L. n.º 401/82 de 23 de Setembro. 2. A proposta de Lei n.º 275/VII, o projecto de Lei 53/XI e o Projecto de Proposta de Lei, de 2007 — análise crítica. 3. Em jeito de conclusão — Uma Visão integrada do regime. A) De iure constituto. B) De iure condendo.

INTRODUÇÃO

Quando no âmbito do Seminário em Criminologia, do Curso de Especialização tendente a Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, da FDL, sob a orientação do Ex.^{mo} Senhor Professor Paulo de Sousa Mendes, nos foi proposto trabalhar o tema da *Delinquência Juvenil*, depressa intuímos o quão melindrosa, mas igualmente aliciante, seria estudar a matéria de intervenção nesse campo.

Trilhados os primeiros caminhos pela dogmática da Criminologia², cedo nos apercebemos que, quer para a mais primeva, como para a mais hodierna — ressalvada a devida evolução conceptual — o comportamento delinvente é entendido como um *comportamento disruptivo*, como uma *manifestação de ruptura das estruturas relacionais do indivíduo com o sistema de valores que o rodeia*. Não obstante, são mutáveis, conforme os tempos e os lugares, os respectivos limites sociais, culturais e jurídicos do que pode ser visto como um *acto desviante, criminal e delituoso*³. Apesar das diversas perspectivas: jurídica, sociológica e psicológica; no que aqui nos interessa, perante a Lei, apenas é considerado *delinvente*, aquele que delinquí, comete crimes, ou seja aquele que violando a Lei, comete um delito tipificado como tal⁴.

² Desde logo, pela leitura da obra portuguesa de referência, de FIGUEIREDO DIAS, Jorge de/COSTA ANDRADE Manuel da, *Criminologia — O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997 (reimp., 1.ª ed. de 1984).

³ Neste sentido, LOPES, Sara Cristina Martins, in: “«Norma» e «Desvio» no comportamento delinvente”, ed. electrónica acessível em <URL: <http://www.sociologia.org.br/tex/pscl10.htm>>. Para uma visão sintetizada do conceito de *comportamento delinvente*, numa perspectiva psicológica, no âmbito da Psicopatologia, com a ressalva de que tal noção «[...] engloba uma diversidade de actos com formas de aparecimento muito distintas, sofre variações com o tempo e assume múltiplas facetas e formas de expressão (entidade heterogénea)», vide MARQUES, Paula, “O Comportamento Delinvente”, Março de 2003, ed. electrónica acessível em <URL: <http://pcmarques.paginas.sapo.pt/Delinquentes.htm>>.

⁴ Não descuramos, contudo, que: «*Na origem de uma compreensão global desta problemática está a necessidade de um entendimento, também global, das explicações: — por um lado, a sociologia aponta a influência nefasta do meio. As teorias sociológicas da criminalidade descrevem o delinvente como um ser individual, uma pessoa que tem uma hereditariedade, uma educação, e que vive num meio cujas condições o orientam para o agir de tendências hereditárias ou adquiridas e onde as circunstâncias possibilitam a ocasião de "passagem ao acto". — por outro lado, a psicologia baseia-se em factores relacionados com a qualidade da relação maternal estabelecida na primeira infância [...]. Assim, a utilização jurídica do termo delito contribui para que, na perspectiva psicológica, se empreenda uma análise dos comportamentos desviantes, enquanto que a perspectiva sociopsicológica, ao abordar o indivíduo e o meio social, possibilita que juridicamente se abandone uma visão estritamente penal, repressiva e punitiva, em detrimento da abordagem preventiva e reeducativa.*», cf. LOPES, Sara Cristina Martins, *ob. cit.*, *loc. cit.*

Circunscrevendo o âmbito da nossa análise, quedar-nos-emos pela problemática da *delinquência juvenil*⁵, mais concretamente, sobre o modelo e lógica de intervenção⁶ junto de *crianças e jovens inimputáveis em razão da idade* — de idade superior a 12 anos e inferior ou igual a 16 anos — e *jovens adultos imputáveis* — de idade superior a 16 anos e inferior a 21 anos, que tenham praticado factos qualificados pela Lei como crime. Destas franjas etárias, iremos analisar, a traço grosso, o regime legal aplicável àquela que é compreendida entre os 16 e os 21 anos⁷. Nessa conformidade, cuidaremos do domínio de aplicação da Lei Tutelar Educativa⁸ e do Regime Penal Espe-

⁵ Julgamos ser muito importante, com vista à mencionada *compreensão global* do fenómeno da delinquência juvenil, chamar à colação algumas das mais importantes tentativas de explicação psicanalítica, que mostram que nas crianças delinquentes existem carências afectivas muito precoces — por todos, AINSWORTH, BOWLBY («*affectionless child*») e WINNICOTT (cuja teoria da tendência anti-social [«*antisocial tendency*»], conjuga noções como as de «*security holding*», «*absence mothering*», «*concept of the good-enough mother*» numa interpretação própria do papel das carências afectivas precoces na etiologia da psicopatia e que se traduz, em suma, em *como a mãe não se pode adaptar integralmente às necessidades instintivas da criança, vai permitir-lhe que ela se desiluda progressivamente. É nesta fase do desenvolvimento, que aparecem as tendências anti-sociais, quer na criança normal, quer na criança psicopata. A tendência anti-social é o movimento compulsivo que vai permitir à criança obter da sua mãe a reparação pelo dano que ela lhe causou, ao não satisfazer totalmente as exigências iniciais. A criança pode organizar-se face à sua tendência anti-social sem manifestar problemas de comportamento. Estas manifestações vão depender das respostas do ambiente. Quando a mãe e a família são capazes de responder às exigências da frustração, os problemas de comportamento tendem a cessar.*), apud HORNE, Ann (Child and Adolescent Psychotherapist, Portman Clinic), in: «Winnicott's Delinquent?», *Paper* que serviu de base à *Public Lecture*, sob o mesmo tema, proferida em Londres, a 24 de Março de 2007, dactilografado, ao qual tivemos acesso através de Paulo de Sousa Mendes. Sem esquecer a importância da fronteira entre problemas de saúde mental e personalidade antissocial e problemas de desordem do comportamento, não patológicos (linha demarcadora entre a psicopatia e desordens de comportamento), as referidas teorias permitem fazer a co-relação entre o comportamento delincente e a ausência de modelos/referenciais (a dita «*absence mothering*») ou com a existência de modelos errados. Igualmente interessante é a relevância que a autora dá à necessidade da percepção do sentido de si próprio (ego ideal — Freud), apontando como método terapêutico o questionar da criança sobre «*Who am I? Who do I want to be? How do I want the world to see me?*».

⁶ Tendo como norte a preocupação de que «*A resposta dramatizada e ritualizada à delinquência desencadeia dois tipos de consequências, convergentes nos seus efeitos últimos. Em primeiro lugar e no plano dos outros significantes, potencia a distância social em relação ao delincente, estreitando a sua margem de oportunidades legítimas e induzindo a procura de oportunidades ilegítimas. [...] Em segundo lugar e no que respeita ao delincente, provoca a conformação às expectativas estereotipadas da sociedade, a auto-representação como delincente e o respectivo role-engulfement [assunção desse papel] que, muitas vezes, será irreversível.*», FIGUEIREDO DIAS, Jorge de/COSTA ANDRADE Manuel da, *Criminologia — O Homem Delincente (...)*, *ob. cit.*, n. 1, pp. 353 e 353.

⁷ «*[O] período de latência social — em que o jovem escapa ao controlo escolar e familiar sem se comprometer com novas relações pessoais e profissionais — potencia a delinquência, do mesmo modo que, a partir do momento em que o jovem assume responsabilidades e começa a exercer os papéis sociais que caracterizam a idade adulta, regride a hipótese de condutas desviantes. [...] O direito penal dos jovens adultos surge, assim, como categoria própria, envolvendo um ciclo de vida, correspondendo a uma fase de latência social que faz da criminalidade um fenómeno efémero e transitório.*», in: Exposição de Motivos constante do preâmbulo do D.L. n.º 401/82, de 23 de Setembro (RPEJ).

⁸ Aprovada pela Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro, tendo entrado em vigor no dia 1 de Janeiro de 2001 (art. 4.º do D.L. n.º 323-D/2000, de 20 de Dezembro).

cial para Jovens⁹ e tentaremos contribuir para a resolução de um dos principais problemas que se colocam na *punição no limiar da idade adulta*, a saber: a interactividade entre penas e medidas tutelares educativas.

I — DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

1. O conceito jurídico-penal de *jovem adulto*

Com o advento do Estado de Direito Liberal, a ingerência do Estado junto da pessoa humana foi fortemente cerceada. Com efeito, qualquer intervenção no âmago do ser humano, ainda que com fins reeducadores e correctivos de desvios de personalidade expressos em atitudes contrárias ao Direito, deixou de ser admissível. É essa a razão de ser do famoso aforismo de que «o Estado não se importa se uma pessoa vai para o Inferno, desde que não leve ninguém com ela». Dessa feita, as portas do Inferno estão franquadas, sem sequer qualquer sinal de aviso. No entanto, o que é verdade para a pessoa cuja personalidade esteja já completa — tendencialmente, é o que sucede na pessoa adulta — não vale para aquela cuja personalidade se encontra ainda em formação — como sucede com a criança e no jovem. Na realidade, perante esta, o Estado reclama-se ainda o poder de “dar a mão”, intervindo junto da criança/jovem, de forma a evitar que transponha os *portões do Inferno*. É nesta perspectiva, algo alegórica, que se compreende a *educação para o Direito* que a intervenção tutelar educativa almeja junto do menor. Mas não começemos a casa pelo telhado; para chegar ao conceito jurídico de menor inimputável e de jovem adulto imputável, percamos um pouco mais sobre os alicerces do pressuposto da *imputabilidade penal*.

Como é sobejamente consabido, o princípio da culpa constituiu uma matriz irrenunciável do Direito Penal que encerra em si — como ensinou ROXIN — uma função limitadora do intervencionismo estatal¹⁰. Com efeito, o respeito pela dignidade da pessoa impõe que esta não possa ser sujeita à ingerência punitiva do Estado, se apesar de ter cometido um ilícito jurídico-penal, não puder estabelecer-se uma «conexão objectiva de sentido»¹¹ que permita

⁹ Aprovado pelo D.L. n.º 401/82, de 23 de Setembro, com entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1983 (art. 2.º do D.L. n.º 400/1982, de 23 de Setembro, *ex vi* do art. 14.º do D.L. n.º 401/82, também de 23 de Setembro).

¹⁰ Uma perspectiva histórica e analítica da consolidação do garantismo penal e do desenvolvimento da categoria da culpa, assim como um exaustivo e impressivo estudo sobre as razões filosóficas da imputação penal desde a erosão do injusto («torto») intrinsecamente culposo até ao injusto objectivo, à capacidade de resiliência daquele injusto e ao reemergir da teoria da imputação, pode ser encontrada em MENDES, Paulo de Sousa, *O Torto intrinsecamente culposo como condição necessária de imputação da pena*, Coimbra: Coimbra Editora, Julho de 2007, *passim*.

¹¹ No dizer de DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I (Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 2.ª ed.

ligar o facto à pessoa do agente. Inexistindo tal conexão¹², não se lhe pode dirigir um juízo de censura, *rectius*, de culpa pela atitude ético-pessoal plasmada na conduta ilícita¹³. Ora, a formulação desse juízo de culpa pressupõe necessariamente que o agente disponha, no momento da prática do facto¹⁴, do necessário discernimento e capacidade de autodeterminação perante os valores jurídico-penais, porquanto só então podemos falar, *prima facie*, da possibilidade de imputar responsabilidade jurídico-penal ao agente. Dito de modo muito sintético: só assim ele será *imputável*. Ora, nesta medida, o conceito de imputabilidade penal subentende um “*entrecruzamento cibernético*”¹⁵ com a dimensão de desenvolvimento da pessoa. Nessa sequência, para efeitos de imputabilidade, apenas relevará a personalidade que se encontre tendencialmente definida e com um certo grau de capacidade de autodeterminação e *maturidade*¹⁶.

Apesar de toda a densificação doutrinária que é feita do conceito de imputabilidade penal e, por decorrência lógica, nos seus antípodas, dessoro de inimputabilidade, o facto é que, em obediência a razões de estrita legalidade, segurança e certeza jurídica, o legislador penal teve de criar critérios legais que delimitassem e previssem expressamente quando é que um agente se considera imputável e quando não o é. Abstraindo-nos aqui da inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, a fronteira legal entre as duas categorias normativas (imputabilidade e inimputabilidade) ancorou-se no *critério etário* que melhor traduz, numa perspectiva desenvolvimental, o momento mais aproximado da formação da personalidade. Os incisos legais respeitantes a esta matéria são os arts. 19.º e 20.º do Código Penal, os quais prevêm, respectivamente, a *inimputabilidade em razão da idade* e a *inimputabilidade em razão de anomalia psíquica* (esta sujeita à aferição de puros pressupostos biopsicológicos). Por motivos óbvios, quedar-nos-emos apenas pela análise da inimputabilidade em razão da idade.

Aquela regra, prevista no art. 19.º do C.P., determina a inimputabilidade penal *absoluta* do menor de 16 anos. Não obstante a margem de aleatorie-

¹² *Idem*, para aquele autor o verdadeiro critério que subjaz à categoria normativa de inimputabilidade é precisamente o da “(...) *incompreensibilidade do facto como facto do agente, traduzida na impossibilidade de apreensão das conexões reais e objectivas de sentido que ligam o facto à pessoa* (...)”, pp. 570 e ss.

¹³ Para uma compreensão do conceito material de *culpa pela personalidade ético-jurídica*, DIAS, Figueiredo, *op. cit.*, pp. 514 e ss., e para uma sintética mas, sistemática, abordagem do problema da culpa jurídico-penal *vide* CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral (Teoria Geral do Crime)*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2006 (reimp.), II volume, pp. 293 e ss.

¹⁴ Exceptuados os casos em que o agente, em momento imediatamente anterior, no qual possuía capacidade de aferição e valoração da sua conduta, propositadamente se coloca em estado de incapacidade, como sucede na figura da *actio libera in causa*.

¹⁵ Cf. PALMA, Maria Fernanda, “Desenvolvimento da pessoa e imputabilidade no Código Penal português”, *in*: Revista Sub Judice, n.º 11, ano 1996, p. 61.

¹⁶ Chamando a atenção para a importância desta noção, a propósito da inimputabilidade em razão da idade, DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, p. 594 e, nesse sentido, também, em *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 3.ª ed.

dade de que o critério etário inexoravelmente padece, o mesmo procura traduzir, tendencialmente, o período do ciclo de vida que a psicologia desenvolvimental identifica como sendo ainda de transição entre a infância e a adolescência e, conseqüentemente, um período de formação de personalidade. Por essa razão, o menor de 16 anos de idade apesar de possuir a necessária capacidade para avaliar a ilicitude da sua conduta e de se determinar de acordo com essa avaliação, *essa capacidade é insusceptível de um juízo de censura ético-social à sua personalidade traduzida na prática do facto ilícito-típico, porquanto a sua personalidade está ainda em formação*¹⁷.

Com este critério de imputabilidade penal *absoluta* do menor de 16 anos¹⁸, pretendeu-se, também por razões de política criminal, subtraí-lo à mais gravosa das intervenções estaduais e à sua sujeição precoce a um sistema carregado de uma simbologia social negativa e a condições de execução da pena tantas vezes criminógenas¹⁹. De outro modo, a fuga ao “corredor da delinquência” seria praticamente impossível²⁰, atenta a estigmatização que a passagem pelo sistema da justiça penal, inexoravelmente, traduz. Esta visão do problema, funda-se também no respeito a «*um princípio de humanidade que deve caracterizar todo o direito penal de um Estado de Direito material*»²¹.

No entanto, estando em causa a prática de um ilícito penal e a danosidade social que o mesmo acarreta, mostrar-se-ia tão irrealista considerar o *menor* (com idade superior a 12 anos e inferior a 16 anos) irresponsável pelos seus actos, como ignorar o facto de a sua personalidade estar em formação²². Com efeito, com a aprovação da Lei Tutelar Educativa foi abandonado o «*modelo de protecção*», que entre nós teve expressão consolidada na Organização Tutelar de Menores de 1962²³, que olhava de modo indistinto

¹⁷ Assim, RAMIÃO, Tomé d’Almeida, em anotação ao artigo 1.º da Lei Tutelar Educativa, em *Lei Tutelar Educativa — Anotada e Comentada*, Lisboa: Quid Iuris, 2007, 2.ª ed., p. 33, e ponto 5 da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, de 11/03/99, publicada no Diário da Assembleia da República, II Série-A, de 17-04-1999, transcrita em *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003 (reimp.), pp. 33 e ss.

¹⁸ Para um levantamento da idade da imputabilidade penal em diferentes países, vide RODRIGUES, Anabela Miranda, “Repensar o Direito de Menores em Portugal — Utopia ou Realidade?”, in: RPCC (separata), Coimbra: Coimbra Editora (IDPEE/FDUC), Ano 7, Julho-Setembro de 1997, 3.º Fasc., p. 369; assim como, DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Responsabilização dos Menores pela Prática de Factos Qualificados como Crimes: Políticas Actuais”, in: *Psicologia Forense (Separata)*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 363 a 366, e do mesmo autor, *Internamento de Menores Delinquentes — A Lei portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 23 e ss.

¹⁹ Neste sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos em *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003 (reimp.), p. 15.

²⁰ MOURA, José Adriano Souto de, “A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos”, in: *Revista do Ministério Público*, n.º 83 — 3.º trimestre de 2000, pp. 97 e ss.

²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, ob. cit.*, p. 595.

²² MOURA, José Adriano Souto de, *ob. cit., loc. cit.*

²³ Uma correcta definição das características em que assentava esse «modelo de protecção», pode ver-se em RODRIGUES, Anabela Miranda, “Repensar o Direito de Menores em Portugal (...)”, como na n. 17, pp. 361 e ss., e uma conseguida súmula das linhas orientadoras da OTM,

o *menor delinquent* e o *menor em risco*, uma vez que, segundo a qual, “todo o *menor-problema* (sc., numa situação desviante relativamente aos padrões de normalidade da vida e desenvolvimento do menor no tecido social) [constituía] uma pessoa carecida de protecção²⁴”. Optou-se, então, não por um puro «modelo de justiça» (em que a resposta à prática de comportamentos qualificados como crime, por menores inimputáveis, seria sempre do direito penal), mas sim por um *sistema tutelar educativo* que consubstancia uma “terceira via”²⁵ que tenta conciliar os imperativos de protecção da infância e juventude a cargo do Estado (daí a designação “tutelar”) com uma estratégia responsabilizante (vertente “educativa”), no sentido de que se pretende conquistar o menor para o respeito pelas normas (a sua *educação para o Direito*), sem esquecer o cumprimento do dever estadual de protecção de bens jurídicos²⁶, assim se logrando a segurança da comunidade. Destarte, pode dizer-se que, neste modelo, é a prática do *facto* ilícito que passa a estar no centro do problema²⁷, não numa perspectiva de *retribuição pelo facto cometido*, mas sim de *necessidade e correcção da personalidade do menor no plano do dever-ser jurídico manifestada na prática do facto*²⁸.

Havia, contudo, que estabelecer um *limiar de maturidade requerida para a compreensão do sentido da intervenção*²⁹ que se fixou na idade mínima de 12 anos (art. 1.º da LTE), considerando-se que «[...] *abaixo desta idade, as condições psico-biológicas do menor exigem uma intervenção não consentânea com o sistema de justiça* [...]»³⁰ e, nesse caso, «[...] *a infracção deve ser encarada e suportada com o pathos que envolve os acidentes da natureza* [...]»³¹. Temos assim que: o *menor* que pratique um *facto* qualificado na Lei como crime, se tiver idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, será penalmente *inimputável*, mas poderá ser sujeito a medidas tutelares educativas e se já tiver idade superior a 16 anos responderá em termos penais³².

em BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo, “O direito de intervenção junto de menores infractores como: Direito do facto? Direito do autor? ou Direito do autor e do facto? Direito Penal ou não Direito Penal? — Acórdão da 1.ª instância, Tribunal de Menores de Coimbra, de 6 de Fevereiro de 1989”, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra: Coimbra Editora (IDPEE/FDUC), Ano 13, Outubro-Dezembro de 2003, 4.º Fasc., pp. 616 a 622, e também um rigoroso elenco dos pressupostos essenciais da LTE, *ibidem*, pp. 623 e ss.

²⁴ Cf. Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas — Direito dos Menores, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos em *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, *ob. cit.*, p. 420.

²⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda, “Repensar o Direito de Menores (...)”, como na n. 17, p. 373.

²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral*, *ob. cit.*, p. 596.

²⁷ *Idem e ibidem*.

²⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *ob. cit.*, como na n. 18, § 6, p. 57.

²⁹ Cf. *Ponto 8* da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 266/VII, transcrita em *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, *ob. cit.*, p. 38.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² Chamando a atenção para que o estrito critério etário não deixa «*de conter um certo grau de imprecisão, sobretudo porque ignora [...] quaisquer diferenças individuais*» e que «*rejeitar*

No entanto, o legislador foi sensível aos diferentes estádios de desenvolvimento psicossomático do indivíduo e para evitar uma transição abrupta do *menor imputável* para o sistema penal, normativizou o conceito jurídico-penal de *jovem adulto*³³ como sendo aquele indivíduo que, à data da prática do facto, tem idade superior a 16 anos e inferior a 21 (art. 9.º do C.P.). Nessa conformidade, foi gizado um regime penal especial para jovens³⁴, aprovado pelo D.L. n.º 401/82, de 23 de Setembro³⁵.

Aquele regime assenta na «[...] *necessidade de encontrar as respostas e reacções que melhor se parecem adequar à prática por jovens adultos de factos qualificados pela lei como crime. O direito penal dos jovens adultos surge, assim, como categoria própria, envolvendo um ciclo de vida, correspondendo a uma fase de latência social que faz da criminalidade um fenómeno efémero e transitório [...]*». Dizendo-se ainda que «[...] *nas sociedades modernas, que o acesso à idade adulta não se processa como antigamente, através de ritos de passagem, como eram o fim da escolaridade, o serviço militar ou o casamento que representavam um "virar de página" na biografia individual. O que ocorre, hoje, é uma fase de autonomia crescente face ao*

completamente a possibilidade de se ilidir a aludida presunção é uma opção de política criminal claramente garantística, que pode levar, em casos contados, a que os tribunais se movam dentro de uma ficção, e sem atenção às reais características do menor transgressor.», MOURA, José Adriano Souto de, *ob. cit.*, como na n. 19. Por sua vez, lembrando que não há política criminal, nem criminologia neutra, pela sua vulnerabilidade à influência historicamente condicionada das ideologias, DIAS, Jorge de Figueiredo/ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia — O Homem Delinvente e a sociedade criminógena*, *ob. cit.*, n. 1, *passim* — ideologias essas que, julgamos, são influenciadas pela crescente visibilidade mediática dos actos criminosos praticados pelos jovens e a politização da construção de um discurso em torno do sentimento de insegurança. Nesse sentido e sobre o *medo da criminalidade*, cf. RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política criminal e política de menoridade”, *in*: Revista Psicologia — Teoria, Investigação e Prática, vol. 4, n.º 2, 1999, pp. 283 a 292 e sobre o *medo de fechar a porta à prisão de menores imputáveis que cometam crimes graves*, DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares — Contributo para a (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos”, *in*: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra: Coimbra Editora (IDPEE/FDUC) Ano 11, Abril-Junho 2001, 2.º Fasc., pp. 290 e ss.

³³ Para uma perspectiva psico e sócio-criminológica do conceito e do fenómeno da delinquência nos *jovens adultos*, vide, entre outros, CORDEIRO, José Carlos Dias, *Psiquiatria Forense (A pessoa como sujeito ético em Medicina e em Direito)*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp. 29 e ss.; NUNES, Carlos Casimiro, “O jovem delinvente na LTE e a educação para o direito”, *in*: Polícia e Justiça — Revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais, Coimbra: Coimbra Editora, III Série, n.º 8, Julho-Dezembro, 2006, pp. 322 e ss.; DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares (...)”, *ob. cit.*, n. 31, p. 252. E ainda sobre os modelos teóricos que explicam o comportamento juvenil delinvente, bem como o interessante e inovador *modelo explicativo integrado dos objectivos de aumento da reputação*, vide CARROLL, Annemaree, HOUGHTON, Stephen e DURKIN, Kevin, “Comportamento anti-social nos jovens: o modelo dos objectivos de aumento da reputação” (trad. Joaquim Pires Valentim) *in*: *Comportamento anti-social e crime — Da infância à idade adulta*, Org. de FONSECA, António Castro, Coimbra: Almedina, 2004. pp. 215 a 250.

³⁴ Autêntica “válvula de escape” do sistema ao nível das *consequências jurídicas do crime*. Nesse sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral*, *ob. cit.*, pp. 597 e 600.

³⁵ Recorde-se que foi aprovado na vigência da Organização Tutelar de Menores, aspecto que, a nosso ver, não será de somenos importância, como veremos adiante.

meio parental e de dependência crescente face à sociedade que faz dos jovens adultos uma categoria social heterogénea, alicerçada em variáveis tão diversas como são o facto de o jovem ter ou não autonomia financeira, possuir ou não uma profissão, residir em casa dos pais ou ter casa própria [...]». Ora, «Este período de latência social — em que o jovem escapa ao controlo escolar e familiar sem se comprometer com novas relações pessoais e profissionais — potencia a delinquência, do mesmo modo que, a partir do momento em que o jovem assume responsabilidades e começa a exercer os papéis sociais que caracterizam a idade adulta, regride a hipótese de condutas desviantes.»³⁶

O regime penal especial para jovens distingue ainda dois níveis etários, dentro da referida margem de idade compreendida entre os 16 e os 21 anos: *primo*, respeita a jovens adultos que tenham entre 16 e 18 anos; *secundo*, aos de idade superior a 18 e inferior a 21 anos.

Chegados aqui, importa então reter que o conceito jurídico-penal de *jovem adulto* é usado para *definir o agente que tenha cometido um facto qualificado pela Lei como crime e que, à data da sua prática criminosa, tenha idade superior a 16 e inferior a 21 anos.*

2. Enquadramento das hipóteses de interactividade processual entre medidas tutelares educativas e penas

O problema da interactividade processual entre medidas tutelares educativas e penas³⁷, enquanto *problema de sobreposição de fronteiras*³⁸ dos sistemas tutelar educativo e penal, pela confluência da aplicação de medidas tutelares educativas e de penas³⁹, num mesmo menor, coloca-se devido à concorrência de certos factores, a saber:

- A possibilidade da jurisdição de menores aplicar uma medida tutelar educativa, a menor que à data da decisão em 1.^a instância ainda não tenha completado 18 anos⁴⁰, por facto qualificado como crime e

³⁶ Cf. Exposição de Motivos constante do preâmbulo do D.L. n.º 401/82, de 23 de Setembro.

³⁷ Sobre o problema da interactividade à luz da Organização Tutelar de Menores, na versão de 1962, na revisão em 1967 e na sua versão em 1978, *vide* DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares (...)”, *ob. cit.*, como na n. 31, pp. 255 a 272.

³⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos em *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, *ob. cit.*, p. 106.

³⁹ Aqui a noção de *pena* tem de ser entendida em termos hábeis, de forma a abarcar o contacto com o sistema jurídico-penal, designadamente, por sujeição a medida de coacção de prisão preventiva.

⁴⁰ O que se justifica do ponto de vista dogmático e político-legislativo para que não se deixem sem resposta graves carências de intervenção, uma vez que, por força das demoras na investigação dos factos e no decurso do processo, dificilmente se conseguiria intervir junto de um menor com idade entre os 15 e os 16 anos de idade. Acresce que mantêm validade as finalidades de educação da personalidade para o direito, «[...] *intenção que já não valerá relativamente a cidadãos maiores, que já ninguém tem o direito de educar de forma coactiva [...]*»,

que este tenha cometido antes dos 16 anos, excepto se no decurso do processo tutelar educativo o mesmo menor for, entretanto, condenado em processo crime em pena de prisão efectiva, hipótese em que cessa automaticamente a competência do tribunal e o processo tutelar tem de ser arquivado (alíneas *a*) e *b*) do n.º 2 do art. 28.º da LTE);

- A possibilidade de prolongamento da execução das medidas tutelares aplicadas até aos 21 anos de idade (arts. 5.º, 7.º e n.º 5 do art. 8.º, todos da LTE), desde que decretadas antes do menor perfazer 18 anos e com fundamento em factos qualificados como crime praticados entre os 12 e os 16 anos (art. 1.º da LTE);
- A hipótese de um jovem com idade inferior a 21 anos que esteja a cumprir ou que ainda não tenha iniciado a execução de medida tutelar que lhe foi aplicada (necessariamente pela prática de um facto criminoso cometido antes dos 16 anos), vir a cometer um crime após os 16 anos, pelo qual seja condenado;
- A hipótese, inversa à imediatamente anterior, de um jovem com idade inferior a 21 anos que esteja a cumprir uma pena, lhe ver ser aplicada uma medida tutelar educativa (necessariamente pela prática de um facto criminoso cometido antes dos 16 anos), por sentença de 1.ª instância que haja sido proferida antes dele completar os 18 anos.

Toda esta constelação de problemas, que se verificam com especial acuidade na idade compreendida entre os 16 e os 18 anos, levou alguns autores⁴¹ a defender a igualação da *maioridade penal* com a *maioridade civil*⁴², pelo aumento do limite etário de imputabilidade penal para os 18 anos de idade⁴³.

cf. Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas — Direito dos Menores, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos em *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, *ob. cit.*, p. 516.

⁴¹ Assim, RODRIGUES, Anabela Miranda, "Repensar o Direito de Menores em Portugal (...)", *ob. cit.*, pp. 374, 382 e 383, esta autora e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *ob. cit.*, como na n. 18, pp. 15 e 59, § 8, e p. 107, § 2, considerando o aumento do limite etário de imputabilidade penal como uma consequência natural se provada a eficácia do modelo da LTE. Bem como, no sentido de que com esse aumento as potencialidades da LTE resultariam reforçadas, Cf. DUARTE-FONSECA, António Carlos, "Responsabilização dos Menores pela Prática de Factos Qualificados como Crimes: Políticas Actuais", p. 357. E ainda com a opinião de que seria desejável, apesar de *ser contra os ventos que sopram*, essa elevação da idade da imputabilidade penal, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral*, *ob. cit.*, p. 600, n. 90. Assinalamos também a curiosidade de já em 1946 se colocar a questão da elevação da idade da imputabilidade penal para os 18 anos, cf. RODRIGUES, José Francisco, *Da delinquência de menores* — Dissertação de Licenciatura em Ciências Jurídicas 1946-47, Lisboa: BFDUL (Cota T-2047), dactilografado.

⁴² Os instrumentos internacionais a que Portugal aderiu, vêm propugnando e propondo essa igualação no plano jurídico interno dos Estados-parte, Cf.: Convenção dos Direitos da Criança (*com uma noção bastante lata de criança, até aos 18 anos de idade*), adoptada pelas Nações Unidas a 20 de Novembro de 1989 e ratificada em 1990, as Regras relativas à protecção judiciária da infância e juventude: as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração

II — O PROBLEMA DA INTERACTIVIDADE ENTRE MEDIDAS TUTELARES EDUCATIVAS E PENAS⁴⁴

1. Princípio da execução cumulativa de medidas tutelares e penas

A LTE reservou o capítulo IV, do Título II, à regulação da interactividade entre penas e medidas tutelares⁴⁵. Logo no seu art. 23.º, ficou plasmado o *prin-*

da Justiça de Menores (Resolução 40/33, de 29 de Novembro), também conhecidas por *Regras de Beijing*, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o desenvolvimento de Medidas Não Privativas de Liberdade, também conhecidas por *Regras de Tóquio* (Resolução 45/110, de 1990), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Protecção de Menores Privados de Liberdade designadas por *Regras de Havana* (Resolução 45/113, de 1990), as Directrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (*Directrizes de Riade*) (Resolução 45/112, de 1990). No âmbito da actuação do Conselho da Europa há a destacar as Recomendações R (87) 20 sobre reacções sociais à delinquência juvenil, a R (88) 6 sobre as reacções sociais ao comportamento delincente de jovens oriundos de famílias migrantes. Isto mesmo é lembrado por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos em *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, *ob. cit.*, p. 15, nota 18, considerando que esse é o único ponto em que Portugal não satisfaz as exigências daqueles instrumentos internacionais.

⁴³ Assim se fez em Espanha, em conformidade com o disposto no artigo 19.º do Código Penal espanhol, com a *Ley Orgánica 5/2000*, de 12 de Janeiro, *de responsabilidad penal del menor (que entrou em vigor em Janeiro de 2007)*. Esta reforma espanhola do direito tutelar de menores estatui a regra da responsabilização penal *de maiores de 18 anos*. Entre os 14 e os 18, os menores estão sujeitos às medidas tutelares previstas no art. 7.º da Lei. Consagra-se ainda um *regime especial para jovens adultos*, com idade situada *entre 18 e os 21 anos*. Já para intervir junto dos menores de 14 anos, como sucede em Portugal quanto aos menores de 12 anos de idade, os tribunais de menores não têm qualquer competência. Para uma visão de direito comparado do *movimento ibérico reformador do direito de menores*, vide DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Responsabilização dos Menores pela Prática de Factos Qualificados como Crimes: Políticas Actuais”, *ob. cit.*, pp. 367 e ss., e o mesmo autor em *Internamento de Menores Delinquentes (...)*, *ob. cit.*, como na n. 17, pp. 379 e ss. Para uma referência actualizada e esquematizada do regime diferenciado por idades, bem como uma leitura crítica face ao endurecimento do regime espanhol, com a *Ley Orgánica 8/2006*, que aproximou o regime dos menores delinquentes do sistema penal dos adultos, vide FERRE OLIVÉ, Juan Carlos, “Otro experimento legislativo en materia de Derecho Penal de Menores: La Ley Orgánica 8/2006”, *in: Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología — Estudios penales en memoria de la Profesora Dr.ª Maria del Mar Díaz Pita*, Org. MUÑOZ CONDE, Francisco, Valência: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 666 e ss. *Ibidem*, pp. 661 *passim*, questionando-se sobre quais as linhas político-criminais que podem ser seguidas pelo legislador espanhol, para aferir se a responsabilidade do menor delincente se deve enquadrar no próprio sistema penal ou num sistema administrativo paralelo e concluindo que é o primeiro sistema que melhor garante o respeito pelas garantias e direitos fundamentais dos menores delinquentes. Entre nós, a propósito do «modelo proteccionista» ser desadequado por desprezar os direitos fundamentais dos menores, veja-se BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo, “O direito de intervenção junto de menores infractores (...)”, *ob. cit.*, como na nota 22, pp. 629 e ss.

⁴⁴ Uma abordagem abrangente da questão encontra-se em DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares (...)”, *ob. cit.*, n. 31, pp. 251 a 301.

⁴⁵ Atendendo ao princípio da legalidade, as medidas tutelares são somente as que estão taxativamente previstas no art. 4.º da LTE, subdividindo-se na espécie de *medida institucional*, a que corresponde a medida de internamento em centro educativo (cf. n.º 2 do mesmo artigo) e as restantes na de *medidas não institucionais*.

cípio da execução cumulativa de medidas tutelares e penas. Assim, a *regra geral* — que pode sofrer derrogações se cumpridos determinados pressupostos — é a de que o menor com idade superior a 16 anos e inferior a 18, que seja arguido em processo penal (por crime cometido nesta faixa etária) e que, simultaneamente, seja sujeito a processo tutelar educativo (por crime cometido antes de atingir os 16 anos), deverá cumprir cumulativamente a medida tutelar e a pena que lhe vierem a ser aplicadas (sendo que a medida tutelar terá forçosamente de ter sido decidida em 1.^a instância antes do menor completar os 18 anos) e isto sempre que a execução da medida tutelar e da pena seja compatível entre si.

Trata-se de uma decorrência lógica dessoutro *princípio do primado da intervenção tutelar educativa*, embora aqui com alguma compressão do princípio da intervenção mínima. Com efeito, visando a intervenção tutelar fins responsabilizadores e educativos do menor, não se entende que a condenação por crime em processo penal inviabilize, *tout court*, a educação para o direito a que a medida tutelar aspira. Isso sucederá, principalmente, naqueles casos em que o crime pelo qual o menor foi condenado seja de pouca gravidade, pelo que ainda se poderá almejar a correcção da sua personalidade pré-delinquente. Nessa medida, os dois tipos de intervenção poderão ser vistos como coadjuvantes no propósito educativo e socializador⁴⁶, ainda que salvaguardadas as devidas diferenças de intenção, numa *prospectiva e pedagógica* e noutra *retrospectiva e retributiva*⁴⁷.

2. A condenação em prisão efectiva e as medidas tutelares

Sobre esta matéria dispõe o art. 24.º da LTE, consubstanciando a primeira excepção à regra geral que se acabou de enunciar. Em princípio, o trânsito em julgado da decisão que condenou um arguido de idade compreendida entre os 16 e os 21 anos em pena de prisão efectiva, atendendo ao facto desta pena ser de execução imediata em estabelecimento prisional, dificilmente será compatível com o cumprimento de medida tutelar que tenha sido aplicada ao mesmo jovem, em razão de facto criminoso que ele haja praticado antes de atingir os 16 anos.

Se a medida tutelar aplicada for a medida não institucional de reparação ao ofendido, na modalidade de compensação económica ou a medida de realização de prestações económicas a favor da comunidade, existe compatibilidade entre estas e a pena de prisão, desde que o jovem condenado mantenha disponibilidades económicas, durante a execução da pena, para assegurar o cumprimento daquelas medidas (cf. n.º 2 do art. 24.º da LTE).

⁴⁶ Cf. Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas — Direito dos Menores, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos em *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, p. 520.

⁴⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *ob. cit.*, como na n. 18, p. 58.

Tratando-se de outras medidas tutelares, exceptuada obviamente a admoestação, o trânsito em julgado da decisão que condenou em pena de prisão faz cessar as medidas em execução (n.ºs 1 e 3 do art. 24.º da LTE). Caso a execução dessas medidas tutelares ainda não se tenha iniciado, nem sequer chegarão a ser executadas (cf. mesmo normativo ora citado), pois considera-se que o cumprimento da pena de prisão é tão gravosa e marcante que perde sentido a intervenção tutelar⁴⁸.

3. A condenação em pena de multa, prestação de trabalho a favor da comunidade ou em pena de prisão suspensa na sua execução e a medida tutelar de internamento

Se um arguido de idade compreendida entre os 16 e os 21 anos, que esteja a cumprir medida tutelar de internamento, for condenado em pena de multa, prestação de trabalho a favor da comunidade ou em pena de prisão suspensa na sua execução, o juiz da condenação de *per si* ou mediante informações solicitadas ao tribunal que aplicou a medida, fixa ou modifica os deveres, as regras de conduta ou as obrigações daí decorrentes, por forma a que se adequue à situação concreta do jovem (n.ºs 1 e 2 do art. 26.º da LTE). Já se for aplicada medida tutelar de internamento a jovem que esteja a cumprir alguma daquelas penas de substituição não detentivas, deve ser o tribunal de família e menores ou o tribunal assim constituído a ter em conta, tanto quanto possível, a compatibilidade de pena com a medida (n.º 3 do art. 26.º da LTE).

4. A condenação em pena de substituição detentiva em centro de detenção e as medidas tutelares

A problemática da interactividade entre medidas tutelares e penas de substituição detentivas a cumprir em centro de detenção, que se encontra traçada no artigo 25.º da LTE, ainda não tem, aos dias de hoje, qualquer relevância prática porquanto as ditas penas não tem existência jurídica⁴⁹, pelo que, por razões de prioridade científica na análise de outras questões, não versaremos sobre o seu regime⁵⁰. Contudo, ressaltaremos que aquele facto se deve à ausência de criação do *terceiro pilar* em que deveria assentar a Reforma do Direito de Menores, na qual se preconizava a clara distinção

⁴⁸ Cf. Relatório Final da Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas — Direito dos Menores, transcrito por RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos em *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, p. 521, e RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *idem*, p. 107, e ainda DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares (...)”, *ob. cit.*, como na n. 31, pp. 275 e 276.

⁴⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *idem*, p. 109, e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *ibidem*, pp. 280 a 287.

⁵⁰ No entanto, para uma leitura compreensiva do regime, vide RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *ob. cit.*, *loc. cit.*

entre o direito penal dos jovens adultos, o sistema tutelar educativo — este criado pela Lei Tutelar Educativa, e o sistema de promoção e protecção de crianças e jovens em risco — criado pela Lei de Protecção das Crianças e Jovens em perigo. Com efeito, nesse quadro de intenções, foi elaborada a proposta de Lei n.º 275/VII que consagraria o regime penal especial para jovens adultos e, muito concretamente, previa novas penas de substituição detentiva, a cumprir em centro de detenção.

A falta de implementação, na íntegra, da Reforma de Direito dos Menores originou mesmo uma recomendação ao Estado português por parte do Comité dos Direitos da Criança, nas suas observações finais ao segundo relatório de Portugal sobre a aplicação da Convenção dos Direitos da Criança⁵¹, no sentido de que assegure o cumprimento dos instrumentos internacionais aplicáveis, em especial, as *Regras de Beijing*.

5. A aplicação de medidas de correcção e as medidas tutelares

Na falta de um novo regime penal especial para jovens adultos, mantém-se em vigor o previsto no D.L. n.º 401/82, de 23 de Setembro, adiante designado por RPEJ.

Apesar de o regime penal especial para jovens não ser de aplicação *obrigatória e automática*, na realidade «*não constitui uma faculdade do juiz, mas antes um poder-dever vinculado que o juiz deve [tem de] usar sempre que se verifiquem os respectivos pressupostos; [pelo que] a aplicação é, em tais circunstâncias, tanto obrigatória, como oficiosa*»⁵². Ora, dado que o RPEJ permanece em vigor, nomeadamente quanto à possibilidade de aplicação das medidas de correcção previstas no n.º 2 do seu art. 6.º⁵³, podem existir problemas de interacção com medidas tutelares aplicadas ao mesmo menor. Assinala-se, contudo, que a LTE não previu quaisquer regras de interactividade entre medidas de correcção e medidas tutelares aplicadas ao mesmo menor e a razão para essa lacuna parece residir no facto de se ter projectado que, à data de entrada em vigor da LTE, o D.L. n.º 401/82 estivesse já revogado pelo novo regime penal especial para jovens adultos.

Não obstante existir a referida lacuna, uma eventual interactividade entre medidas de correcção e medidas tutelares educativas deve resolver-se pela aplicação da regra geral de execução cumulativa, prevista no art. 23.º da LTE.

Em nosso entender, os problemas que podem ainda advir da interactividade entre medidas tutelares e a medida de correcção de internamento em centro de detenção, devem ser resolvidos pela aplicação analógica do art. 25.º

⁵¹ Como relembra DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes (...)*, *ob. cit.*, n. 17, p. 388.

⁵² Entre muitos, assim se decidiu no ac. STJ, de 03-03-2005 (Proc. n.º 04P4706), disponível em DGSJ.

⁵³ Como evidencia DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares (...)”, *ob. cit.*, n. 31, p. 282.

da LTE, cuja *ratio legis* é a de resolver conflitos entre penas substitutivas da prisão (como são as medidas de correcção) com as medidas tutelares educativas aplicadas ao mesmo menor⁵⁴.

III — O PROBLEMA DA INTERACTIVIDADE ENTRE MEDIDAS TUTELARES EDUCATIVAS E A MEDIDA DE COACÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA

1. Princípio da execução cumulativa de medida tutelar não institucional e da prisão preventiva

Se um jovem com idade superior a 16 e inferior a 21 anos, que se encontre a cumprir uma medida tutelar não institucional (por crime cometido antes de atingir os 16 anos) for arguido em processo penal (por crime cometido com mais de 16 anos) e sujeito à medida de coacção de prisão preventiva ou, na situação inversa, lhe for aplicada medida tutelar não institucional (sendo que a medida tutelar terá forçosamente de ter sido decidida em 1.^a instância antes do menor completar 18 anos), a interactividade existente resolve-se pela regra prevista no n.º 1 do art. 27.º da LTE e que é a da execução cumulativa da medida tutelar e da prisão preventiva, se forem compatíveis entre si (em conformidade com o princípio plasmado no art. 23.º da LTE). Nestes termos, as medidas tutelares de admoestação, de reparação ao ofendido, na modalidade de compensação económica e a de realização de prestações económicas a favor da comunidade são compatíveis com a prisão preventiva, desde que durante a sujeição à medida de coacção, o jovem mantenha disponibilidades económicas para assegurar o cumprimento daquelas medidas tutelares (cf. n.º 2 do art. 27.º da LTE).

No entanto, no caso de a decisão da medida de coacção de prisão preventiva ser posterior à decisão de aplicação da medida tutelar não institucional, é ao juiz de instrução criminal que compete decidir, em concreto, sobre a compatibilidade da execução cumulativa das medidas (n.º 4 do art. 27.º da LTE). Na hipótese contrária, se for aplicada medida não institucional a jovem que se encontre sujeito a prisão preventiva, o juiz de família e menores tem a situação concreta em apreço na escolha das medidas tutelares a aplicar, cf. art. 6.º da LTE.

Se o juiz de instrução criminal considerar que a execução cumulativa não é possível, a sujeição à medida de coacção de prisão preventiva prevalece sobre as medidas tutelares não institucionais e a sua execução não se inicia ou interrompe-se, ficando o seu cumprimento dependente do resultado

⁵⁴ Seguimos de perto DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares (...)”, *ob. cit.*, como na n. 31, p. 285.

do processo penal e da revisão da medida aplicada (n.º 3 e n.º 6 do art. 27.º da LTE). Se o jovem maior de 16 anos e menor de 21 for absolvido, procede-se à revisão da medida tutelar que tenha sido aplicada e, julgando-se de manter, a sua execução pode iniciar-se. Se for condenado, aplicam-se as regras dos arts. 23.º a 26.º, consoante a pena aplicada.

2. Especificidades do regime de interactividade entre medida tutelar de internamento e prisão preventiva

Se a um arguido de idade compreendida entre os 16 e os 21 anos, que esteja a cumprir medida tutelar de internamento, for aplicada a medida de coacção de prisão preventiva, a Lei determina que a execução da medida não se interrompa, mas o jovem é colocado ou mantido em centro educativo de regime fechado pelo tempo correspondente à prisão preventiva. O termo da medida de coacção não afecta a continuação da medida tutelar de internamento pelo tempo que falte (n.º 5 do art. 27.º da LTE), que se manterá em regime fechado, se assim já o era, ou passará ao regime aberto ou semiaberto que estivesse a cumprir.

Esta regra de interactividade entre a medida tutelar de internamento⁵⁵ e a medida de coacção de prisão preventiva visa dar primazia à realização do projecto educativo pessoal do jovem internado e que foi preparado para as suas específicas necessidades educativas⁵⁶. No entanto, se a medida tutelar de internamento terminar antes da medida de coacção, o jovem vai cumprir a prisão preventiva em estabelecimento prisional⁵⁷, o que nos parece um contra senso, mas voltaremos adiante ao assunto. Por outro lado, se se tratar da situação contrária em que a arguido de idade compreendida entre os 16 e os 21 anos, sujeito a medida de coacção de prisão preventiva, é aplicada (por crime cometido antes de atingir os 16 anos) medida tutelar de internamento (sendo que a medida tutelar terá forçosamente de ter sido decidida em 1.ª instância antes do menor completar 18 anos), a regra é a de que a medida tutelar de internamento não se inicia ou interrompe-se e a execução posterior da medida fica dependente do resultado do processo penal.

Se o jovem, maior de 16 e menor de 21 anos de idade, for absolvido, procede-se à revisão da medida tutelar que tenha sido aplicada (al. b) do n.º 2 do art. 138.º da LTE) e julgando-se de manter, a sua execução pode iniciar-se. Se for condenado, aplicam-se as regras dos artigos 23.º a 26.º, consoante a pena aplicada, conforme se analisou *supra*.

⁵⁵ Os objectivos da medida tutelar de internamento encontram-se no art. 17.º da LTE e suficientemente expostos em DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes (...)*, p. 388.

⁵⁶ DUARTE-FONSECA, António Carlos, *ibidem*, p. 278, e RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos em *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, *ob. cit.*, pp. 113 e 308 e ss.

⁵⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda e DUARTE-FONSECA, António Carlos, *idem*, p. 113, § 3.

IV — O REGIME PENAL ESPECIAL PARA JOVENS ADULTOS

1. O D.L. n.º 401/82 de 23 de Setembro (RPEJ)

Como tivemos ocasião de constatar, por força da ausência de criação do dito *terceiro pilar* da Reforma do Direito de Menores, mantém-se em vigor o Regime penal especial para *jovens adultos*, previsto no D.L. n.º 401/82, de 23 de Setembro, cuja aplicação prática se tem resumido, quase em absoluto, à possibilidade de atenuação especial da pena de prisão, quando o Juiz tenha sérias razões para crer que dessa atenuação resultam vantagens para a reinserção social do jovem condenado (art. 4.º do RPEJ).

Julgamos que a melhor forma de *olhar* para este regime, é através da *lente* da conformação judicial que dele tem sido feita. Assim, encontramos na jurisprudência⁵⁸ as seguintes linhas argumentativas quanto aos pressupostos de aplicação do RPEJ:

- a) *A atenuação especial da pena de prisão não deve ser aplicada quando o grau de ilicitude dos factos praticados pelo arguido é elevado e é grave a sua culpa, na forma de dolo directo, por, nesse caso, não ser legítimo concluir pela existência de razões sérias para acreditar que daquela atenuação resultem vantagens para a reinserção social do arguido. No entanto, o regime especial do D.L. n.º 401/82, de 23 de Setembro, mais do que conferir uma benesse ao jovem delinquente, por se entender ser merecedor de um tratamento penal especializado, procura promover a sua ressocialização — razão por que instituiu um direito mais reeducador do que sancionador, a revelar que a reinserção social surge aqui, no direito penal dos jovens delinquentes, como primordial finalidade da pena. E se é certo que não deixa de instituir a pena de prisão, fá-lo apenas em última instância, como ultima ratio, quando e apenas isso for exigido pela firme defesa dos interesses fundamentais da sociedade e pela prevenção da criminalidade, o que sucederá no caso de a pena aplicável ser a de prisão superior a 2 anos. Porém, nesse caso, a pena deverá ser especialmente atenuada se concorrerem sérias razões no sentido de que, assim, se facilitará aquela reinserção. Tais directivas, diz o preâmbulo, «... entroncam num pensamento vasto e profundo, no qual a capacidade de ressocialização do homem é pressuposto necessário, sobretudo quando este se encontra no limiar da sua maturidade». Deste modo, teremos de concluir que a aplicação da atenuação especial, só deverá ser afastada quando os factos demonstrarem estarmos*

⁵⁸ Seguimos muito de perto a resenha apresentada no ac. do STJ, de 24-10-2007, proc. n.º 07P3220, disponível em DGSJ.

perante aquela especial exigência de defesa da sociedade e seja certo que o jovem delinquente não possui aquela natural capacidade de regeneração. Enfim, será de concluir que a atenuação especial do art. 4.º do D.L. n.º 401/82 só não deve ser aplicada quando houver sérias razões para crer que tal medida não vai facilitar a ressocialização do jovem delinquente. Não se mostrando provado o suporte desta conclusão, deve a pena de prisão ser especialmente atenuada, em homenagem àquele pressuposto da natural capacidade de ressocialização do jovem. (no primeiro sentido vide, por todos, o ac. STJ, de 27-11-2003, Proc. n.º 03P3393, e no segundo, vide, por todos, o ac. STJ, de 27-02-2003, Recurso 149/03-5, ambos disponíveis em DGSJ);

- b) *O poder de atenuar especialmente a pena aos jovens delinquentes é um verdadeiro poder-dever. Ou seja, perante a idade entre 16 e 21 anos do arguido, o tribunal não pode deixar de investigar se e verificam aquelas sérias razões, e se tal acontecer não pode deixar de atenuar especialmente a pena. Não o fazendo, deixa de decidir questão de que devia conhecer e conseqüente de cometer a nulidade de omissão de pronúncia do art. 379.º, n.º 1, al. c), primeira parte, do CPP. (vide, por todos, o ac. STJ, de 11-10-2007, Proc. n.º 07P3199, disponível em DGSJ);*
- c) *Tanto mais que, tratando-se de jovens delinquentes, são redobradas as exigências legais de afeiçoamento da medida da pena à finalidade ressocializadora das penas em geral. Efectivamente, se, quanto a adultos não jovens, a reintegração do agente apenas intervém para lhe individualizar a pena entre o limite mínimo da prevenção geral e o limite máximo da culpa, já quanto a jovens adultos essa finalidade da pena, sobrepondo-se então à da protecção dos bens jurídicos e de defesa social, poderá inclusivamente — bastando que “sérias razões” levem a crer que da atenuação resultem vantagens para a reinserção social do jovem condenado” — impor, independentemente da sua (menor) culpa, o recurso à atenuação especial da pena (Cf. o Ac. STJ, de 29-01-2004, Recurso 3767/03-5, disponível em DGSJ);*
- d) *Nem poderá invocar-se, contra a atenuação especial da pena, o perigo de reincidência (a menos, claro, que esse perigo só possa concretamente debelar-se mediante um dissuasor reforço da pena de prisão). Relativamente a jovens adultos, em suma, a atenuação especial da pena de prisão — quando (concretamente) aplicável — apenas será de afastar se contra-indicada por uma manifesta ausência de «sérias razões» para se crer que, dela, possam resultar vantagens para a reinserção social do jovem condenado. O regime penal de jovens delinquentes afasta uma concepção fatalista e cede presuntivamente, assim, a um património adquirido de feição humanitarista, favoravelmente evolucionista do jovem, universalmente aceite, imprimindo ao julgador um poder — dever de indagar se se justifica*

benevolência de tratamento jurídico — penal, ou se, pelo contrário, é de excluir, em vista de uma desejável, e de outro modo não conseguida, meta de recuperação individual. Como vem sendo, também, repetidamente, decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça, a aplicação do regime não pode manter-se à margem da consideração das exigências de prevenção geral, assentando em preocupações exclusivas ou sequer predominantes, de ressocialização do agente jovem, de prevenção especial, sobrepondo-se-lhe, já que não se pode abdicar de considerações de prevenção geral e de garantia mínima de protecção dos bens jurídicos de mínima observância comunitária — Cf. Súmula dos acórdãos feita no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24/10/2007, Proc. n.º 07P3220, disponível em DGSJ.

Uma palavra ainda sobre o artigo 5.º do RPEJ que veio permitir a aplicação de medidas tutelares previstas no art. 18.º da OTM, isolada ou cumulativamente, a jovens com idade inferior a 18 anos, sempre que ao caso correspondesse pena de prisão inferior a dois anos e desde que consideradas a personalidade do agente e as circunstâncias do facto. Estamos em crer que este normativo se encontra revogado⁵⁹, desde a data de entrada em vigor da LTE⁶⁰. Com efeito, foram revogadas todas as disposições legais que contêm normas que contrariem as disposições da LTE (n.º 1 do art. 4.º da Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro). E, como se sabe, com a aprovação da LTE rompeu-se com o paradigma da intervenção junto dos menores que vinha da Organização Tutelar de Menores e que se pautava por um «modelo de protecção». Assim, toda e qualquer referência a medidas tutelares previstas na OTM deve considerar-se revogada, porquanto são hoje radicalmente diferentes os pressupostos da intervenção tutelar junto de menores. Com efeito, a intervenção tutelar educativa visa a responsabilização e educação do menor para os valores, para o Direito. Não podemos ainda esquecer que o processo tutelar educativo e as medidas tutelares previstas na LTE, apesar de sua proximidade ao direito e processo penal, distinguem-se por não visarem qualquer fim *retributivo-punitivo* face à infracção cometida pelo menor, ao contrário das penas. Ora, em sede de regime penal especial para jovens adultos, estamos, como o próprio nome indica, na malha apertada e punitiva do direito penal. Com a LTE quis-se caminhar para uma clara separação entre o direito penal e o sistema tutelar educativo, intenção que nos parece que sairia contrariada pela admissibilidade da vigência do art. 5.º do RPEJ.

⁵⁹ Somos acompanhados por DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares(...)”, *ob. cit.*, como na n. 31, p. 281. Em sentido contrário, fazendo uma leitura actualista do preceito e julgando-o remeter para o art. 4.º da LTE, *vide* CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral (Teoria Geral do Crime)*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2006 (reimp.), II volume, p. 314, § 840.

⁶⁰ Ou seja desde 1 de Janeiro de 2001, cf. art. 6.º da Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro, e art. 4.º do D.L. n.º 323-D/2000, de 20 de Dezembro.

Outro argumento importante no sentido da impossibilidade de aplicação do normativo em apreço pelos tribunais criminais é o de que, com a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro) bem como com a LTE, a competência material para a execução, revisão, cessação ou extinção de medidas tutelares foi acometida, exclusivamente, aos tribunais de família e menores ou aos de comarca assim constituídos — cf. arts. 83.º da LOTJ e 28.º da LTE, pelo que deixou de ser possível a um tribunal criminal exercer competência nessas matérias.

2. A proposta de Lei n.º 275/VII, o projecto de Lei n.º 53/XI e o Projecto de Proposta de Lei, de 2007 — análise crítica

Apesar do hiato de tempo que mediou entre a feitura da Proposta de Lei n.º 275/VII, apresentada pela Comissão Revisora do Direito dos Menores, o projecto de Lei n.º 53/XI⁶¹ da autoria do grupo parlamentar do Partido Socialista, concluído em 31 de Maio de 2002, e o agora Projecto de Proposta de Lei, de 2007⁶², mantêm-se entre si as linhas de força preconizadas para o novo regime penal especial para jovens adultos.

Sobre a Projecto de Proposta de Lei, de 2007 pronunciou-se o Conselho Superior do Ministério Público, em parecer⁶³ que consideramos duto e acompanhamos.

Por sua vez, sobre o mesmo Projecto, veio também a pronunciar-se o Gabinete de Estudos da Ordem dos Advogados, em parecer n.º 10/2007,⁶⁴ contundente e expressivo daquilo que se julga ser um diploma *desresponsabilizador*.

Pensamos que as críticas aduzidas àqueles projectos de diplomas, se podem resumir nalgumas linhas gerais, a saber:

- «A ideia de que, tendo em conta as especificidades dos jovens adultos, a opção por um tratamento penal específico não possa deixar de passar tanto pelo desenvolvimento da «concepção básica de que a pena privativa da liberdade [...] constitui a última ratio da política criminal» como pelo aprofundamento do princípio da preferência pelas reacções não detentivas»⁶⁵;
- Assim, aponta-se como positiva a previsão de medidas não detentivas e de penas substitutivas de cariz ressocializador e construtivo, bem

⁶¹ É o Anexo I, deste artigo. A anterior Proposta de Lei n.º 275/VII, em RODRIGUES, Anabela Miranda/DUARTE-FONSECA, António Carlos em *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, *ob. cit.*, pp. 18 e 19 e 517.

⁶² É o Anexo II, deste artigo, ao qual tivemos acesso por gentil cedência do GEOA, tal como resulta do Anexo II a.

⁶³ Disponível para consulta em http://www.pgr.pt/portugues/grupo_soltas/pub/csmp/29/anexo4.htm

⁶⁴ Disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Pareceres/detalhe_parecer.aspx?idc=5&idsc=27684&ida=61543.

⁶⁵ Parecer do Conselho Superior do Ministério Público.

como são de realçar as *novas penas de substituição — verdadeiras sanções específicas para os jovens adultos*: a colocação por dias livres em centros de detenção (art. 6.º), a colocação em semi-internato (art. 7.º) e o internamento em centro de detenção (art. 8.º);

- Julga-se que a pena de colocação por dias livres em centro de detenção, à semelhança do que já sucede e é aceite quanto a medidas curtas, como seja a medida tutelar educativa de internamento em fim-de-semana, terá tendencialmente *nulo valor finalístico*⁶⁶ quanto à interiorização da pena. No entanto, sabendo que mesmo no domínio do *Direito Penal dos Adultos, stricto sensu*, tais medidas detentivas por dias livres têm «[...] *por finalidade limitar o mais possível os efeitos criminógenos da privação continuada da liberdade, evitando ou, pelo menos, atenuando os efeitos perniciosos de uma curta detenção de cumprimento continuado, nos casos em que não é possível renunciar à ideia de prevenção geral.*»⁶⁷, admite-se a bondade de tal medida e deseja-se que a sua aplicação seja interiorizada pelo agente;
- Quanto ao facto de a execução da pena de prisão, quando aplicada a jovens adultos, poder ser efectuada em estabelecimentos prisionais especificamente destinados a jovens ou em secções de estabelecimentos prisionais comuns destinadas a esse fim, considera-se que é uma medida que há muito deveria ter sido tomada;
- Deve distinguir-se o plano individual de readaptação social para internamento daqueloutro previsto para o regime de liberdade sob orientação e acompanhamento⁶⁸, para que não haja confusão entre as figuras.

Destacamos e acompanhamos muito de perto a opinião⁶⁹ de que, na perspectiva de evitar ao máximo a aplicação a jovens adultos de penas ou medidas privativas da liberdade, mesmo que de cariz provisório, se deveria ter consagrado expressamente o princípio de que a prisão preventiva de jovens adultos é uma medida de *ultima ratio*.

Admitimos ainda que, em cumprimento deste princípio, se preveja a possibilidade de aplicação subsidiária da medida tutelar educativa de internamento em regime fechado, se da avaliação que for feita resultar que o jovem arguido com idade compreendida entre os 16 e os 21 anos ainda pode ser educado

⁶⁶ Cf. Parecer do Gabinete de Estudos da Ordem dos Advogados, justificando esta ideia com o facto de: «[...] *os centros de detenção, a exemplo da vida em sociedade, organizam-se por ciclos em que se sucedem dias de semana e de fim-de-semana, horas de trabalho ou de estudo e horas de lazer. Ora, a colocação por dias livres em centro de detenção significa colocar os jovens adultos numa espécie de campos de férias em que são “internados” ao fim de semana para praticarem actividades lúdicas, jogarem futebol, recrearem-se no tanque, ou outras que tais*».

⁶⁷ Assim se decidiu no ac. do TRL, em 30-06-2008, no processo 4325/2008-9, acessível em DGSI.

⁶⁸ Expressa no Parecer do Conselho Superior do Ministério Público.

⁶⁹ *Ibidem*.

para o direito. Desse modo ficaria resolvido aquilo que, a nosso ver, é uma entorse de regime atentatório do princípio da igualdade, uma vez que só os jovens com mais de 16 anos e menos de 21 que estejam cumprir medida tutelar de internamento beneficiam da prisão preventiva em centro educativo⁷⁰.

3. Em jeito de Conclusão — Uma visão integrada do regime

A) *De iure constituto*

Como vimos, existe uma dificuldade de determinação e delimitação de um verdadeiro regime penal especial para jovens adultos⁷¹. Hoje em dia, ele resume-se apenas à possibilidade de atenuação especial da pena de prisão e à possibilidade de aplicação de medidas de correcção, previstas em diploma especial (RPEJ).

No entanto, podemos dizer que, embora resulte de normativos penais de aplicação indiferenciada a *jovens adultos* e a adultos, a recente reforma do Código Penal, operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, veio trazer novas medidas alternativas que são verdadeiras penas de substituição ao cumprimento da prisão em meio prisional, bem como se procedeu ao alargamento do âmbito de aplicação das já existentes, o que é expressão de um claro reforço das penas não privativas da liberdade.

Assim, destacamos a:

- Previsão de um novo regime de cumprimento de pena em permanência na habitação, com recurso a vigilância electrónica, para pena de prisão aplicada até 2 anos ou para cumprimento do remanescente de pena de prisão até 2 anos, se o arguido tiver idade inferior a 21 anos de idade — cf. art. 44.º, n.º 1, alíneas a) e b) e n.º 2, alínea c), do Código Penal;
- A admissibilidade da pena de Prisão por dias livres e do regime de semidetenção — cf. art. 45.º, 46.º do Código Penal;
- A sujeição obrigatória a regime de prova da suspensão de prisão entre 3 e 5 anos, sempre que, ao tempo do crime, se trate de agente menor de 21 anos — cf. n.º 3 do art. 53.º do Código Penal.

B) *De iure condendo*

Consideramos que urge assumir uma verdadeira política de regime penal especial para jovens adultos, designadamente no que respeita a evitar os

⁷⁰ Como acrescenta DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares (...)”, *ob. cit.*, como na n. 31, p. 293: «[...] e da possibilidade de, deste modo, escapar à contaminação do meio prisional».

⁷¹ O que leva alguns autores a dizerem tratar-se apenas de uma “parede falsa” entre este regime e o sistema penal geral — por todos, DUARTE-FONSECA, António Carlos, *idem*, p. 284.

efeitos criminógenos da sujeição à medida de coacção de prisão preventiva⁷², prevendo-se, no caso de arguido *jovem adulto*, a possibilidade de aplicação subsidiária da medida tutelar educativa de internamento em regime fechado⁷³, sempre que da avaliação psicossocial que for feita resultar que o jovem arguido menor de 21 anos ainda pode ser educado para o direito ou, se assim não suceder, deve prever-se que a prisão preventiva possa ser cumprida em centro de detenção ou em alas prisionais especificamente criadas para esse fim. Deve ainda determinar-se que os jovens adultos sujeitos a medida tutelar de internamento que beneficiam da prisão preventiva em centro educativo, sejam mantidos nesse regime mesmo para além do termo final de duração da medida tutelar e pelo tempo que dure a medida de coacção de prisão preventiva, obstando-se assim ao seu encaminhamento para estabelecimento prisional.

É possível aproveitar e rentabilizar os *ventos de mudança* trazidos pela recente reforma penal e processual penal⁷⁴ quanto à possibilidade de aplicação de novas medidas alternativas ao cumprimento da prisão em meio prisional e que se configuram como verdadeiras penas de substituição em sentido amplo.

⁷² Numa interessante perspectiva da obrigatoriedade do juiz de instrução criminal, na decisão sobre a aplicação de medida de coacção em prisão preventiva a arguido jovem adulto, ter de valorar as devidas circunstâncias que traduzam uma forte possibilidade de o arguido não ser condenado em prisão efectiva, por eventual operância do regime especial para jovens previsto no D.L. n.º 401/82, de 23 de Setembro — v. Ac. do TRG, de 14-11-2005, Proc. n.º 1953/05-1, disponível em DGSJ.

⁷³ Os efeitos de contágio parecem existir em qualquer regime detentivo. Nesse sentido, SEABRA, Hugo Martinez de, *Delinquência a Preto e Branco — Estudo de Jovens em Reinserção*, Lisboa: Alto-Comissariado para a Imigração e as Minorias Étnicas, Teses 1, Setembro de 2005, ed. electrónica acessível em <URL: http://www.oi.acime.gov.pt/docs/Col_Teses/1_HMS.pdf>, fazendo um estudo de caso de um grupo de jovens delinquentes sujeitos a medida tutelar de internamento em Centro educativo, procurando entender se existem diferenças sensíveis entre eles, em razão da sua origem étnica — é abordada também a temática dos gangs e a dos fenómenos de identificação grupal (músicas, modo de vestir) — o autor, entre outras conclusões, chegou à evidência de que o convívio entre os jovens nos centros educativos possui algum efeito de contágio, uma vez que aqueles trocam experiências e saberes sobre práticas delituosas (é o caso de um dos entrevistados que conta como aprendeu, com outro jovem do Centro, a «fazer um Fiat Uno»[leia-se «furar um Fiat Uno», algo que nunca tinha aprendido *lá fora*). Mais adiante, o autor reconhece que os Centros Educativos se aproximam dos seus pretendidos efeitos, mais pela reclusão, do que pelos seus mecanismos de funcionamento, isto é, por manterem os jovens afastados do seu meio e das fontes de tentação de práticas delituosas, pelo que, ainda assim, à luz desta concepção, chega-se ao paradoxo em como o internamento em regime fechado será o que melhor cumpre os fins das medidas tutelares educativas. O autor constatou ainda que todos os jovens entrevistados sabiam que as suas condutas eram punidas por Lei e qual o procedimento que se seguiria caso fossem apanhados e como corre no seu meio a ideia de que «*Tens de aproveitar enquanto tens menos de 16, porque depois é que vais de cana*». O estudo contém excertos das entrevistas realizadas, o que o torna mais interessante.

⁷⁴ Respectivamente introduzidas pelas Leis n.º 59/2007, de 04 de Setembro, e n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

É possível e desejável aproveitar a experiência positiva adquirida com a vigilância electrónica⁷⁵ e implementá-la, ainda que com características próprias, junto dos jovens adultos condenados, permitindo-se que, quando tal se revele facilitador da sua ressocialização, o cumprimento de penas no seu meio normal de vida.

É possível evitar o efeito estigmatizante do contacto do *jovem adulto* com os meios informais de controlo, como é o meio judicial, designadamente, quando esteja em causa criminalidade bagatelar, por recurso aos meios alternativos de resolução de litígios como o é a mediação penal, recentemente instituída entre nós⁷⁶, dando-se primazia à justiça restaurativa.

É ainda possível flexibilizar o sistema e reduzir a margem de aleatoriedade que o critério etário de imputabilidade penal inevitavelmente acarreta, valorizando-se aspectos que se centram na apreciação da maturidade intelectual e do grau de autodeterminação do jovem, na avaliação do efeito de uma pena criminal na sua personalidade e na inserção social respectiva. Assim, deveria instituir-se a obrigatoriedade de perícia à personalidade e de elaboração de relatório social, quando o facto criminoso cometido seja punível com pena de prisão e seja possível, por isso, ainda que em abstracto, a aplicação de pena de prisão efectiva a um *jovem adulto*. Essa maleabilidade reportada à

⁷⁵ Sobre o aproveitamento, nestes domínios, das potencialidades da vigilância electrónica, *vide* DUARTE-FONSECA, António Carlos, "Responsabilização dos Menores pela Prática de Factos Qualificados como Crimes: Políticas Actuais", *ob. cit.*, p. 382, e ainda em "Interactividade entre penas e medidas tutelares (...)", *ob. cit.*, como na n. 31, pp. 357, 381 e 382. Na senda deste entendimento, veio a manifestar-se a vontade governativa, tal como é relatado em «O Governo está a estudar a possibilidade de aplicar também aos menores delinquentes o sistema de vigilância electrónica disse hoje à agência Lusa o secretário Estado Adjunto e da Justiça.», 06 Setembro de 2008, (Lusa), onde consta que «[...] A utilização de pulseiras electrónicas a jovens que praticaram delitos foi uma das práticas que Conde Rodrigues observou durante uma visita de trabalho a Pittsburgh, nos Estados Unidos da América. A visita a projectos da Associação Pressley Ridge — uma organização que desde 1994 desenvolve actividades em Portugal em colaboração com a Direcção-Geral de Reinserção Social — teve como objectivo observar as práticas desenvolvidas no âmbito da reinserção social dos jovens assim como todo o sistema judicial ligado a esta área. "Estamos a conhecer o sistema de justiça juvenil americano, como é que os tribunais actuam em matéria de menores delinquentes e como é que o sistema age no que diz respeito à reinserção e acompanhamento. Visitei os Centros Educativos, tribunais e serviços de reinserção social", explicou o secretário Estado Adjunto e da Justiça, Conde Rodrigues. A aplicação do sistema de vigilância electrónica (pulseiras electrónicas) a jovens delinquentes é uma das medidas usadas em Pittsburgh para permitir mantê-los no seu meio social, reconvertendo junto da comunidade o seu comportamento desviante. Este modelo, segundo o secretário Estado Adjunto e da Justiça, Conde Rodrigues, pode vir a ser aplicado em Portugal faltando apenas legislar nesse sentido. "É uma medida interessante. É uma medida que permite que o jovem fique junto da família mas sob controlo judicial", disse.». O texto da notícia está acessível em <http://noticias.sapo.pt/lusa/artigo/d2fb48fb482af023db9ae2.html>.

O trabalho da Associação Pressley Ridge, em http://www.pressleyridge.org/theinstitute/international_pr.asp.

Nos EUA, em http://www.pressleyridge.org/services/community_based.asp.

⁷⁶ Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho.

obrigatoriedade da avaliação psicossocial permite que caso o jovem de idade inferior a 21 anos revele necessidades de educação para os valores e a intervenção seja ainda possível, se lhe possam aplicar subsidiariamente medidas tutelares educativas⁷⁷, pois só assim se consegue a compreensão simultânea, entre o facto e a personalidade do jovem delinquente⁷⁸ e uma maior justiça do caso concreto.

Quando exista institucionalização ou detenção, é preciso ter em mente o regresso ao meio familiar e social⁷⁹, desses jovens adultos. Deve, assim, promover-se a elaboração, estruturação e implementação de uma política específica de apoio à transição para o meio de vida, com eixos de Formação Profissional e Empregabilidade. Sabemos que o melhor papel ainda cabe a programas de prevenção⁸⁰, especificamente pensados para o problema da

⁷⁷ Nesse sentido, parece ir DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Responsabilização dos Menores pela Prática de Factos Qualificados como Crimes: Políticas Actuais”, pp. 373 e ss., e ainda em “Interactividade entre penas e medidas tutelares — Contributo para a (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos”, pp. 288, 289 e 293.

⁷⁸ Esta ideia de compreensão simultânea entre facto e personalidade, está patente em BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo, “O direito de intervenção junto de menores infractores (...)”, *ob. cit.*, como na nota 22, pp. 632 e ss.

⁷⁹ A *abertura para a desinstitucionalização* foi um dos traços reconhecidos por AGRA, Cândido Mendes Martins da, em “Instituições para jovens delinquentes no Québec, Canadá”, *in*: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra: Aequitas Editorial Notícias, Ano 2, Abril-Junho de 1992, 2.º Fasc., pp. 234 e ss., na sua visita a *Boscoville*, na década de 90, fazendo uma comparação com outras instituições congéneres e uma análise da política de intervenção junto dos jovens delinquentes, no Québec, Canadá, à data da sua visita.

⁸⁰ É o caso do bem sucedido programa «Escolhas». Acessível em: <http://www.programaescolhas.pt/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=31>
«O Programa Escolhas foi criado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º4/2001, de 9 de Janeiro.

Numa primeira fase de implementação, que decorreu entre Janeiro 2001 e Dezembro de 2003, tratava-se de um Programa para a Prevenção da Criminalidade e Inserção de Jovens dos bairros mais problemáticos dos Distritos de Lisboa, Porto e Setúbal. Implementou durante este período 50 projectos, e abrangeu 6.712 destinatários.

Os seus objectivos foram:

- Prevenção da criminalidade e inserção dos jovens dos bairros mais vulneráveis dos distritos de Lisboa, Porto e Setúbal;
- A formação pessoal e social, escolar e profissional e parental dos jovens;
- Dinamizar parcerias de serviços públicos e das comunidades dos bairros seleccionados;
- Contribuir para a articulação da actuação de todas as entidades e todas as acções que trabalhem na inserção dos jovens;
- Articular a sua acção com as comissões de protecção de menores e outras parcerias existentes no local.

Terminado este período, partindo da aprendizagem obtida e respondendo a novos desafios, nasce, na sequência da Resolução do Conselho de Ministros n.º 60/2004, o Escolhas — 2.ª Geração (E2G). De âmbito nacional, o EG2 decorreu entre Maio de 2004 e Setembro de 2006, tendo financiado e acompanhado 87 projectos, enquadrados nas Zonas Norte (33), Centro (29) e Sul e Ilhas (25).

O público-alvo prioritário do E2G foram crianças e jovens entre os 6 e os 18 anos oriundos de contextos sócio-económicos desfavorecidos e problemáticos. O Programa abrangeu ainda jovens com idades compreendidas entre os 19 e os 24 anos,

delinquência juvenil, porquanto será sempre melhor prevenir, do que tentar remediar.

famílias e outros elementos da comunidade, como professores, auxiliares educativos, etc.

[...]

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 80 de 2006 procede à renovação do Programa Escolhas terceira fase, reforçando-o através de um aumento do investimento direccionado e do número de projectos a apoiar.

O Programa Escolhas foi renovado para o período de 2007 a 2009, com o objectivo de promover a inclusão social de crianças e jovens provenientes de contextos sócio-económicos mais vulneráveis, tendo em consideração o maior risco de exclusão social, nomeadamente dos descendentes de imigrantes e minorias étnicas, procurando a igualdade de oportunidades e o reforço da coesão social.

Decorrem nesta terceira fase 121 novos projectos, em 71 concelhos do território nacional. Cada projecto é constituído por uma instituição promotora e diversos parceiros (Escolas, Centros de Formação, Associações, IPSS, entre outras), que em conjunto formam um consórcio. Através deste modelo o Programa Escolhas reúne cerca de 770 instituições. Cada consórcio concebe e implementa actividades em 4 domínios:

Ao abrigo do Programa desenvolvem-se 4 grandes eixos de acção, complementares:

Medida I — Inclusão Escolar e Educação Não Formal

- a) *Actividades de combate ao abandono escolar e de promoção do sucesso escolar;*
- b) *Medidas de educação que facilitem a reintegração escolar de crianças e jovens que tenham abandonado a escola ou dela estejam ausentes, a partir dos 12 anos dinamizadas dentro ou fora do espaço escolar;*
- c) *Acções de educação não formal que favoreçam a aquisição de competências pessoais e sociais, promovendo o sucesso educativo;*
- d) *Co-responsabilização das famílias no processo de desenvolvimento pessoal e social das crianças e jovens, através da mediação familiar e formação parental.*

Medida II — Formação Profissional e Empregabilidade

- a) *Actividades que favoreçam o acesso à formação profissional e ou emprego;*
- b) *Capacitação dos destinatários com competências e saberes que constituam vantagens competitivas para a sua integração social e profissional;*
- c) *Promoção da responsabilidade social de empresas e outras entidades, mobilizando oportunidades para a inserção na vida activa (estágios profissionais, promoção do primeiro emprego, etc.).*

Medida III — Participação Cívica e Comunitária

- a) *Desenvolvimento de espaços criativos e inovadores, que permitam dinamizar actividades ocupacionais facilitadoras da integração comunitária e do desenvolvimento de competências pessoais e sociais;*
- b) *Promoção da participação social, através das dinâmicas associativas (formais e informais);*
- c) *Desenvolvimento de um espírito de cidadania activa no sentido de valorizar a presença das crianças e jovens na sociedade;*
- d) *Descoberta, de uma forma lúdica, da língua, valores, tradições, cultura e história de Portugal e dos países de origem das comunidades imigrantes;*
- e) *Aproximação às instituições do Estado;*
- f) *Co-responsabilização dos familiares no processo de desenvolvimento pessoal, social, escolar e profissional;*
- g) *Iniciativas de serviço à comunidade;*

Não esqueçamos ainda que a nível europeu estão sobre a mesa, em fase de negociação, dois instrumentos legislativos⁸¹ que visam facilitar e fomentar a aplicação de alternativas à prisão preventiva e à pena de prisão efectiva.

Como em tudo na vida, mas em especial nesta temática em que se lida com uma faixa etária problemática e em fase de transição (*latência social*) e, por isso, caracterizada por uma maior vulnerabilidade, julgamos ser possível fazer mais e melhor com vista à salvaguarda do interesse educativo que ainda se possa manifestar no *jovem adulto*. É nesse sentido que esperamos ter feito este nosso modesto contributo, tentando conciliar da melhor forma a *Law-in-Books*, com a *Law-in-Action*.

Oeiras, em Setembro de 2008.

-
- h) *Promoção de espaços de informação e aconselhamento especialmente destinados à divulgação de informação e serviços de Estado dirigidos aos jovens;*
 - i) *Promoção da mobilidade juvenil dentro e fora do território nacional.*

Medida IV — Inclusão Digital

- a) *Actividades Lúdico Pedagógicas;*
- b) *Actividades específicas de âmbito formativo em Tecnologias da Informação e da Comunicação;*
- c) *Actividades de apoio à inclusão escolar.*

Até ao final de 2007, primeiro ano da 3.ª fase, o Programa Escolhas abrangeu cerca de 47.300 destinatários.»

⁸¹ Conforme foi divulgado no Seminário, decorrido no âmbito da presidência portuguesa da UE, que teve lugar nos dias 24 e 25 de Setembro de 2007, em Lisboa/Hotel Sana, sob o tema «Penas e medidas alternativas à prisão».